

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E A ILICITUDE DA PROVA PERICIAL

Julio César Gurgel*
Priscila Santana Vieira**

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tende a analisar o instrumento da cadeia de custódia da prova penal, possuindo como principal objetivo enfatizar a quebra deste instituto e decorrente disto, suas eventuais consequências, em específico, a ilicitude da prova pericial já arrolada no processo penal, demonstrando e fundamentando a tese, apenas, com julgados recentes dos Tribunais Superiores e doutrina atual, discorrendo em seu primeiro capítulo a respeito de todo o conteúdo teórico legislativo expresso sobre o mecanismo conceitual do instituto, e em seu segundo capítulo ostenta a quebra da cadeia de custódia e a sua real aplicação nos processos penais brasileiros.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Ilicitude pericial. Processo penal.

ABSTRACT

The present academic work tends to analyze the instrument of the chain of custody of the criminal proof, having as main objective to emphasize the break of this institute and as a result of this, its eventual consequences, in particular, the illegality of the expert evidence already listed in the criminal process, demonstrating and justifying the thesis, with recent judgments of the Superior Courts and current doctrine, discussing in its first chapter about all the theoretical content expressed about the conceptual mechanism of the institute, and in its second chapter it shows the break of the chain of custody and its real application in Brazilian criminal proceedings.

Keywords: Chain of custody. Expert illegality. Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Após analisar a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, Carioni (2020) afirma que o Processo Penal brasileiro, é acusatório sendo proibido a interpretação e aplicação deste ramo processual sem o estrito respeito à Carta Magna e em

* Pós-Graduação em Perícias Judiciais no Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

** Profa. Ms. no Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

conformidade com os princípios constitucionais vigentes, como por exemplo o princípio da ampla defesa.

Em consonante, Badaró (2017), afirma que a legitimidade que o processo penal tem de impor uma sanção e exercer o direito punitivo do Estado, exige que haja uma decisão justa que siga os procedimentos legislativamente previstos, contudo, não há como haver a legitimidade processual sem um modelo justo processual, que busque a verdade, isso significa, que apenas com a verdade pode-se alcançar a justiça, e caso algum fato seja tomado erroneamente como verdadeiro Badaró (2017) discorre que a justiça assim seria falha, podendo julgar e punir qualquer indivíduo qualquer seja a ação que tenha feito.

Seria imaturo afirmar que a verdade fática é demonstrada em todo processo penal, já que ela apenas é demonstrada através da visão e vivência de dois polos, que na maioria dos casos possui pontos controversos a respeito do que realmente aconteceu, diante disto, é utilizado como ponto chave para poder julgar e punir alguém, as provas incontestáveis (BADARÓ, 2017).

Para exemplificar, o doutrinador Badaró (2017) cita o Estado de Direito defendido por Munõz Conde, o qual o pai da Teoria Geral do Delito, afirma que não se deve buscar a verdade a todo custo ou a qualquer preço, seja qual caso for havendo a necessidade de determinar legalmente critérios cadenciados a serem seguidos para comprovar a licitude da prova apresentada como incontestável.

É essencial então, a busca da produção de provas por meios legais, uma vez que a produção de provas obtidas por meios ilícitos além de ser vedada pela Constituição Federal, especificamente em seu artigo 5º, inciso LVI, traz uma insegurança jurídica para a sociedade, por não haver o respeito ao rito probatório legalmente predeterminado (BADARÓ, 2017).

Apenas em 2019, com o Pacote Anticrime, foi criado o instituto protetor das provas penais em todas as suas fases, denominado: cadeia de custódia (CARIONI, 2020), este instituto foi inserido legislativamente em dois artigos da legislação pátria, no Código de Processo Penal, em seu artigo 158-A, e na Lei de Execuções Penais, em seu artigo 9-A, §3º.

No primeiro, foi definido o conceito de cadeia de custódia e todas as suas fases legais, ou seja, seu *iter* (MAGNO, 2021); já no segundo, de acordo com o texto literal da Lei que o rege, foi discutida a necessidade de viabilizar ao titular dos dados genéticos o seu acesso aos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos que geraram o dado genético, em outras palavras, acesso a todos os arquivos da cadeia de custódia que gerou o dado final.

O conceito de cadeia de custódia disposto no Código de Processo Penal em seu artigo 158-A, reforça que este instrumento processual deve compilar em ordem cronológica todo vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, ou seja, cada resquício de uma possível prova, deve ser estudado e buscado a sua verdade fática, a fim de comprovar uma prova incontestável, e poder então, a tornar um objeto no processo penal decisivo no caso fático (CARIONI, 2020).

Todavia, não há previsão legal a respeito do possível não cumprimento da cadeia de custódia, bem como não há nada específico sobre quais seriam as consequências plausíveis pela quebra da cadeia de custódia, apenas há referência sobre estas duas lacunas legislativas em doutrinas e jurisprudências (CARIONI, 2020), sendo o objetivo da presente pesquisa discorrer sobre estas possíveis brechas.

Há apenas a previsão no artigo 157, do Código de Processo Penal, em seu §1º e §3º, de que se houver alguma prova contaminada deverá ter a exclusão processual desta, bem como de todas as outras que dela derivam, pois, o material violado de acordo com Carioni (2020), se tornou ilícito processualmente.

Diante o exposto, a presente pesquisa começará em seu primeiro capítulo a discorrer a respeito da cadeia de custódia, pontuando cada fase desta, demonstrando através da doutrina e jurisprudência o que na prática a cadeia de custódia traz de benefício ao processo penal, em harmonia, o segundo capítulo deste trabalho, tratará sobre a quebra da cadeia de custódia e suas implicações legais quanto a ilicitude das provas apresentadas no processo, abordando como exemplo julgamentos atuais dos Tribunais Superiores.

190

1 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E SUA LEGISLAÇÃO

Primordialmente, é necessário analisar o que é uma prova no processo penal, quais são suas classificações, fundamentos constitucionais, para depois caracterizar a cadeia de custódia da prova, o processo penal em si, deve buscar recriar um fato passado que foi vivenciado por diferentes pessoas e que possuem diferentes vivências sob o mesmo cenário, diante disto, Carioni (2020), afirma na página 12 de sua obra:

as provas possuem papel importantíssimo no processo de retrospectiva, uma vez que são elas que permitem o conhecimento do magistrado em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória ou queixa-crime.

Há tempos, de acordo com Carioni, o processo penal tenta incessavelmente reconstruir os fatos de um crime, contudo, em tempos passados, não havia princípios constitucionais, e nem proteção alguma à dignidade da pessoa humana, fazendo com que o processo penal utilizasse de métodos como a tortura para descobrir a verdade dos fatos, causando uma erroneidade judiciária por conta deste método investigativo.

Foi apenas em 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil que houve a inserção da proteção constitucional de um processo penal acusatório quem tem como pilares, a ampla defesa, imparcialidade e o contraditório, sendo assim, as provas possuem um papel fundamental no processo, elencando as hipóteses defendidas por cada parte (CARIONI, 2020).

A doutrina brasileira afirma que existem duas perspectivas de utilização da prova penal, pode ser um instrumento persuasivo e/ou um instrumento recognitivo, a segunda perspectiva faz a ligação entre a prova e a recriação dos fatos de um crime, já a primeira, serve para “convencer” o juiz de um fato, ou seja, uma é para validar suposta história das partes e a outra é para criar uma trajetória fática (CARIONI, 2020).

Desta forma, após a limitação de qual a finalidade da prova, a preservação dela é essencial, uma vez que por mais vestígios que um crime tenha, recriar a situação fática em sua totalidade é impossível, diante disto, Carioni afirma que além das provas é necessário em um processo penal um juiz que seja criterioso constitucionalmente e epistemológicos.

Em 2019, o Código de Processo Penal Brasileiro recebeu um conjunto de alterações legislativas com o objetivo de aumentar a eficácia e segurança jurídica, denominado pelo Governo Federal de “Pacote Anticrime”, uma destas alterações foi a inclusão do instrumento normativo a respeito da cadeia de custódia.

Antes de enraizar o conceito de cadeia de custódia é necessário compreender a importância da busca da verdade relativa, como Badaró (2017) cita em sua obra, a verdade é apenas um pressuposto que o processo busca para que se tenha uma decisão de qual hipótese legal é mais aplicável ao caso concreto.

Discorrendo mais discriminadamente, o princípio da verdade relativa é a linha que mais se aproxima e traz sentido a realidade fática do caso analisado, desta forma não é extravagância afirmar que uma investigação científica é pautada no que foi meramente provado ao longo do processo investigativo (BADARÓ, 2017).

Segundo Badaró (2017), a verdade processualmente válida e que é possível de ser atingida, deve possuir limites, cita o autor mencionado Ada Pellegrini Grinover, em uma de

suas frases mais famosas: “a investigação criminal e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de acordo com um rito probatório legalmente predeterminado”.

Seguidamente, sabendo-se que a verdade pura é epistemologicamente utópica, não há como se ter uma livre criação probatória, é um dever então do Estado regular o processo produtivo de provas, visando que a legislação não deixe brechas legais, pois assim, não haverá a possibilidade de invalidação fática probatória, sendo então, surgiu-se a ideia da cadeia de custódia (BADARÓ, 2017).

O instituto, cadeia de custódia, foi pela primeira vez na legislação detalhado e conceituado, mais especificamente no artigo 158-A à 158-F do Código de Processo Penal, contudo, na doutrina seu conceito já era discutido, a exemplo, Gustavo Badaró (2017), em sua obra “A cadeia de Custódia e sua Relevância para a prova penal”, publicada dois anos antes do Pacote Anticrime define como cadeia de custódia:

[...] um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantia sua identidade, integridade e autenticidade (BADARÓ, 2017, p. 523).

192

Badaró (2017), foi detalhista em sua conceituação de cadeia de custódia, quando comparada com a que o Código de Processo Penal fixou, contudo, as duas significam e objetivavam a segurança jurídica das provas e dos fatos para um julgamento justo, sem vícios ou defeitos que possam o tornar nulo, para o Código de Processo penal, considera-se por cadeia de custódia:

Art. 158-A. [...] o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Analisando a expressão “cadeia de custódia”, pode-se ter uma ideia mais clara do que este instituto carrega como sua bagagem, pois bem, a palavra ‘cadeia’ significa: “uma série de elos, [...], formando um conjunto flexível e resistente”, e o significado de ‘custódia’ é “ato ou efeito de proteger” (OXFORD LANGUAGES, 2021). Desta forma, a expressão no todo conduz a ideia de que este instituto normativo procedimental tem como dever trazer uma ordem de procedimentos, que formam um conjunto normativo que é flexível a cada caso concreto, mas que não deixa de ser resistente, que tem como finalidade proteger uma prova.

A cadeia de custódia, prevista por Badaró (2017), seria uma ordem de procedimentos a serem seguidos não só com as provas científicas laboratoriais- como por exemplo nos casos que possuem um crime de estupro, a coleta de DNA deve ter uma ordem procedimental a fim de evitar que ocorra uma contaminação ou ilegalidade na produção desta prova.

Ademais, uma ordem de procedimentos também relacionada a qualquer fonte de prova real, desta mesma forma, os elementos considerados imateriais como conversas em redes sociais, telefonemas, devem ter uma legalidade normativa a ser seguida, para que haja, nas palavras de Badaró:

autenticidade e integridade no sentido que o objeto levado ao processo para ser valorado pelo juiz, é exatamente a mesma coisa tal qual encontrada e apreendida. A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em juiz é a mesma que foi colhida e guardada e examinada (BADARÓ, 2017, p. 525).

Deste modo, encerrando-se a parte introdutória da respectiva pesquisa, a seguir será analisada criticamente, através do Código de Processo Penal e a doutrina comentarista, a legislação que abrange acerca da cadeia de custódia, sua previsão literal e interpretativa, acerca do instituto cadeia de custódia.

193

2 ANÁLISE CRÍTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal, em seu primeiro artigo que trata sobre cadeia de custódia, 158-A, dispõe que a cadeia de custódia, é a sucessão lógica de obtenção de uma prova, segundo Meirelles (2020), deve-se ter a certeza do que ocorreu em um crime, desde a sua consumação até a denúncia e da mesma forma deve ocorrer com as provas.

Em sequência, o Código de Processo Penal em seu artigo 158-B, compreende a respeito das dez etapas que devem ser seguidas no rastreamento do vestígio em uma cadeia de custódia, sendo a primeira etapa o ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial.

Esta etapa é crucial, de acordo com Mirelles (2020), pois é momento que se deve saber diferenciar um potencial elemento probatório, em uma cena que talvez tenham várias hipóteses de como o crime ocorreu, dado isto, a maioria dos vestígios são devidamente vistos como potenciais e são isolados.

O isolamento da possível prova e local de crime, previsto no artigo 158-B, II, é para evitar que estes sejam contaminados ou destruídos, para que haja preservação do ambiente de

forma imediata, para que em seguida, se tenha a fixação – descrição detalhada do vestígio conforme fora encontrado na cena do crime, na mesma posição.

A terceira etapa de fixação, em crimes que são feitos em ambientes que não se é possível ter a preservação, para o processo investigatório, de acordo com o Código de Processo Penal, pode-se utilizar fotografias, filmagens ou croqui para recriar a cena criminal, quando houver esta exceção, é obrigação do perito, desde 2019, quando houve a sanção do Pacote Anticrime, conseqüentemente deste artigo, a descrição de como a cena inicial foi encontrada em um laudo pericial.

A quarta e a quinta fase discriminadas no artigo 158-B, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, acontecem quase que simultaneamente, a coleta do vestígio que será submetido à análise pericial, deve ser feita por meio de um acondicionamento correto, embalando cada elemento de forma individualizada, respeitando as características materiais da prova, seja elas químicas, biológicas ou físicas.

Outra etapa que é citada no Código de Processo Penal, e que de acordo com Meirelles (2020), é a que mais é prejudicada e acaba causando a quebra da cadeia de custódia, que será tratada no segundo capítulo da presente pesquisa, é a do transporte, o qual deve transferir um vestígio de um local para o outro de modo a garantir a manutenção de suas características originais.

As quatro últimas etapas descritas no artigo 158-B, do Código de Processo Penal, narram a respeito do processamento dos vestígios, é a análise pericial, devendo ser feita por um perito e ter um laudo final por este; do armazenamento os vestígios em local seguro, com marcação numeral de referência, para caso haja necessidade de uma contraperícia e finalmente, a fase do descarte do vestígio, mediante autorização judicial.

Em curso, os artigos 158-C à 158-F, do Código de Processo Penal, tratam acerca das normas das fases já mencionadas, como elas devem acontecer no caso fático e quais são os seus limites estabelecidos legalmente, de acordo com Meirelles (2020), é de suma importância compreender cada uma destas etapas e suas implicações, para de fato permitir a alegação de uma quebra da cadeia de custódia.

Fato interessante, não mencionado nos outros artigos, o artigo 158-C, de acordo com o IBCCRIM (2020), houve-se uma preferência em relação a quem pode fazer a coleta do vestígio, atribuindo ao perito oficial essa responsabilidade, e caso haja a liberação de algum vestígio sem a autorização deste servidor estatal, é declarado fraude processual.

Condensadamente, o legislador brasileiro, estabeleceu o percurso penal da prova, até o seu conhecimento de existência, até o seu descarte, com o cuidado de garantir a preservação dos vestígios de um certo crime, com o escopo de registrar por laudos, o nome e cargo de todos que tiveram contato com os vestígios (IBCCRIM, 2020).

É incontestável o avanço que a regulamentação da cadeia de custódia, tão sonhada e idealizada por Gustavo Badaró (2017), trouxe, regularizando explicitamente a cronologia probatória a ser seguida, desde sua coleta, manipulação, transporte, análise pericial e seu devido descarte (IBCCRIM, 2020).

Todavia, a legislação brasileira não definiu expressamente quais são as consequências do não cumprimento de cada etapa da cadeia de custódia, o que de fato deve ser feito, como por exemplo se deverá o perito excluir todas as provas, se o local em que estas foram encontradas foi manipulado sem a devida cautela e houve a contaminação da prova penal, nenhuma punição pelo descumprimento foi descrita.

Diante deste fato, apenas o que atualmente regula a questão da “quebra da cadeia de custódia” é a doutrina e a jurisprudência, a inobservância das consequências gera uma insegurança jurídica ao processo penal, que será tratada no próximo capítulo deste trabalho acadêmico.

195

3 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A quebra da cadeia de custódia engloba ao menos um rompimento fático dos procedimentos previstos no artigo 158 do Código de Processo Penal, já mencionados, o caráter que o penal possui de busca de uma verdade possivelmente atingível, respeitando os direitos constitucionais das partes, é o motivo da quebra da cadeia de custódia ser antijurídica (CARIONI, 2021).

Pensando-se que o lastro probatório ampara decisões judiciais, que podem ser acusatórias ou absolutórias, deve-se haver um cumprimento rigoroso nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, desta forma, caso não haja a aderência a todos os procedimentos de forma correta, não caberá ao juiz condenar alguém por uma prova ilegítima e contaminada (CARIONI, 2021).

Diante disto, a constatação da quebra da cadeia de custódia ou a falta da validação de todos os procedimentos da cadeia de custódia de acordo com Carioni (2021) gera uma dúvida quanto a “verdade” da prova, não há como determinar a linha fática da prova, e com isso,

influenciará essa prova de modo negativo todo o processo penal, quebrando a credibilidade das provas.

A lacuna normativa a respeito de como o processo penal deve continuar com a quebra da cadeia de custódia é suprida pela doutrina:

Por consequência, na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas - “break on the chain custody” -, quer se trate de meio ou de fonte de prova, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos. (LIMA, 2020, página 718).

Por fim, visto a impossibilidade de recriar o processo fático, uma vez que este já fora perdido, há de se falar da ilicitude da prova, havendo a exclusão da prova do processo penal, como se nunca houvesse o conhecimento do magistrado e demais partes acerca daquela prova, e de todas as demais provas advindas desta (CARIONI, 2021).

A sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu no Habeas Corpus nº 160.662, pela anulação de todas as provas produzidas por interceptações telefônicas, que tiveram seu conteúdo exposto de modo indevido em diversos canais midiáticos, leciona Carioni (2021) que a quebra de cadeia de custódia tem a autonomia de gerar provas ilícitas, devendo haver sua total inutilização, diante disto, a ementa da decisão do STJ, complementa o pensamento da autora:

196

HABEAS CORPUS Nº 160.662 - RJ (20100015360-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO **MODUS OPERANDI** DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

Contudo, não existe a mesma concordância entre as doutrinas, de acordo com Carioni (2021), um doutrinador que é contrário ao pensamento do Tribunal Superior é Gustavo Badaró, cita a autora, que o doutrinador é distinto ao afirmar que a quebra da cadeia de custódia não pode gerar a ilicitude da prova, uma vez que o que deve ser feito é considerar a prova contaminada como de menor valoração.

Diante disto, é necessário analisar o que vem sendo afirmado pela doutrina brasileira, pois após o Pacote Anticrime e conseqüentemente, à Lei 13.964/2019, são escassas as decisões acerca da quebra da cadeia de custódia (CARIONI,2019), contudo, foram encontrados alguns julgados em websites oficiais dos tribunais de justiça.

3.1 VISÃO DOS TRIBUNAIS

Os tribunais escolhidos para a presente pesquisa foram o do Estado de São Paulo, Paraná e Alagoas, o terceiro por ter demonstrado uma tese em uma decisão em conformidade com o exposto neste trabalho, o segundo por demonstrar ser um Estado com Tribunal de referência na jurisprudência e o primeiro, o Estado do Paraná, por questão de proximidade e maior vivência.

197

Em uma Apelação Criminal, de um processo penal, julgando um crime de contrabando, considerou a alegação de que não houve a contagem da quantidade de cigarros – elemento contrabandeado, então, houve uma quebra na cadeia de custódia da prova, a tornando ilícita, e sem os cigarros, não há o que se decidir acerca do crime, que corriqueiramente depende da prova.

A Apelação foi improvida, alegou a 8º Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, afirmando que conforme fora declarada uma quantidade de cigarros superior a 500 maços, e que este é o limite fixado para aferição da insignificância penal, diante disto, não resta quebra da cadeia de custódia, segue ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, IV, DO CP. MATERIALIDADE. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. NÃO DEMONSTRADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO NÃO DEMONSTRADA. JUÍZO DE EXECUÇÃO. 1. Comprovadas a

materialidade e a autoria delitivas, bem como o elemento subjetivo, impõe-se a manutenção da sentença condenatória. 2. Não há que se presumir que houve quebra na cadeia de custódia da prova, pois a contradição do número de cigarros apreendidos não proporciona prejuízo para a demonstração da materialidade do crime imputado ao acusado. 3. Tratando-se de contrabando de cigarros em quantidade superior a 500 maços, limite objetivo fixado para aferição da insignificância penal, é incabível a incidência do princípio despenalizante, sendo típica a conduta, sobretudo quando comprovada a destinação comercial. 4. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas constitui a pena substitutiva mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. Eventuais limitações devem ser comprovadas junto ao Juízo da Execução, que tem contato mais próximo com o condenado e, por isso, melhores condições de ajustar a forma de cumprimento da pena às suas condições pessoais. 5. Apelação improvida.

(TRF-4 - ACR: 50189166720184047000 PR 5018916-67.2018.4.04.7000, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 09/09/2020, OITAVA TURMA).

O Estado de São Paulo, possui Tribunais referências para a jurisprudência brasileira, desta forma, não teria como deixar de apresentar as teses deste estado, que em sua maioria é baseada no não provimento da quebra da cadeia de custódia, sendo que não foi encontrada decisão após 2019 com provimento à este tema, neste sentido:

198

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Sentença condenatória pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Recurso defensivo buscando a absolvição por falta de provas da materialidade, sob a alegação de que houve a quebra da cadeia de custódia da prova, e também por insuficiência probatória quanto a autoria delitiva. De forma subsidiária, pleiteia-se o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal, a redução do aumento referente às circunstâncias agravantes, o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas e, por fim, a imposição de regime mais brando para o início do cumprimento da pena. Materialidade delitiva devidamente comprovadas – Ausência de irregularidade na coleta, acondicionamento, recebimento, processamento e armazenamento das drogas apreendidas pela autoridade policial, bem como na confecção do laudo de constatação e do laudo químico-toxicológico – Inocorrência da quebra da cadeia de custódia da prova, prevista no artigo 158-A, do CPP. Autoria do crime - Negativa do réu isolada – Prisão em flagrante em poder de 61 porções de maconha, com 43,4g, 109 microtubos plásticos contendo "crack", com 15,1g, 84 invólucros plásticos contendo cocaína, com 28,1g. Depoimentos dos Policiais Militares, responsáveis pela prisão em flagrante e apreensão das drogas, que merecem credibilidade - Provas francamente incriminadoras. Manutenção da condenação de rigor. Dosimetria - Pena-base assentada no mínimo legal, a despeito do registro dos antecedentes criminais. Na etapa intermediária, mantida a exasperação da pena em razão da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal (crime praticado em período de calamidade pública) e da comprovada reincidência do réu. Na derradeira etapa, afastada a benesse do art. 33, § 4º, em relação ao crime de tráfico. Pena pecuniária mantida (não obstante o equivocado cálculo, a menor), por

ausência de recurso Ministerial neste ponto. Regime prisional inicial fechado mantido. Vedação de aplicação de penas substitutivas, por falta de amparo legal e inadequação no caso concreto. Recurso Defensivo desprovido.

(TJ-SP - APR: 15149061820208260228 SP 1514906-18.2020.8.26.0228, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 04/03/2021, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 04/03/2021)

Processo Penal – Quebra da cadeia de custódia de provas – Objetos apreendidos devidamente relacionados, lacrados e periciados nos autos – Alegação genérica – Nulidade – Inocorrência – Preliminar rejeitada; Tráfico de entorpecentes – Ingresso em residência – Situação de flagrante – Crime permanente – Mandado judicial – Desnecessidade – Nulidade inexistente – Preliminar rejeitada; Tráfico de entorpecentes – Prisão em flagrante – Apreensão de quantidade razoável de crack – Depoimentos dos policiais coerentes e sem desmentidos – Responsabilidade do acusado comprovada – Condenação mantida – Réu reincidente – Pena e regime prisional corretos – Recurso improvido.

(TJ-SP - APR: 15003398120208260583 SP 1500339-81.2020.8.26.0583, Relator: Alexandre Almeida, Data de Julgamento: 14/12/2020, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/12/2020)

Em sentido oposto o Tribunal de Justiça de Alagoas, determinou em recurso o provimento do pedido da parte, de ilicitude probatória, pois não há ciência da origem da prova que levou à denúncia criminal, não dando para reconstruir a linha fática, o tribunal julgou dando provimento ao Habeas Corpus:

199

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. RESTRIÇÃO DE ACESSO ÀS MÍDIAS QUE EMBASAVAM A DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE VERACIDADE DAS PROVAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE SUBTRAÇÃO DOS OBJETOS INDICADOS PELA VÍTIMA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1 - Apesar de o relatório do inquérito policial que concluir pela ausência de justa causa não vincular o Promotor de Justiça, para o oferecimento de denúncia deve ter nos autos prova da materialidade e indícios de autoria para o exercício da ação penal. 2 - Além de o Ministério Público não ter anexado as mídias que lastreavam a denúncia no momento do seu oferecimento, o que inviabilizaria o seu recebimento, a não apresentação do aparelho receptor original configura clara quebra da cadeia de custódia da prova. 3 - Uma prova não pode ser admitida quando não for possível verificar sua origem, como aconteceu no caso em julgamento, pois nem sequer se saberá se as imagens apresentadas são do local do crime, impossibilitando realização de perícia, em nítida violação ao princípio da ampla defesa. 4 - Sendo nula a peça central que embasou o oferecimento de denúncia, apenas restando nos autos os elementos indiciários colhidos no inquérito policial, este órgão julgado fica impossibilitado de chegar à conclusão diversa do Delegado de Polícia, posto não haver prova da materialidade e indícios de autoria da prática dos supostos crimes de furto, em continuidade delitiva. 5 - Ordem concedida para determinar o trancamento da

ação por ausência de justa causa, com fulcro no art. 395, inciso III, do CPP.
Decisão Unânime.
(TJ-AL - HC: 08074368220198020000 AL 0807436-82.2019.8.02.0000,
Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas, Data de Julgamento: 17/03/2021,
Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/03/2021)

Sendo assim, após observar as decisões dos Tribunais e a fundamentação exposta, foi possível concluir que a tese defendida é baseada na Lei do Pacote Anticrime, contudo não é a esperada pelos juristas após a publicação desta lei, uma vez que a maioria das decisões são de improvimento quanto a qualificação da quebra da cadeia de custódia da prova, não provendo também a ilicitude da prova, dentro do processo penal.

CONCLUSÃO

É perceptível a quebra da cadeia de custódia em diversos processos penais, seja no momento do contato inicial com a prova, ou no modo em que é feito o seu descarte, contudo e visível também a resistência dos tribunais em afirmarem a quebra da cadeia de custódia e a ilicitude da prova.

200

Torna-se de necessidade, que as jurisprudências se alinhem de modo a corroborar em uma equidade de decisões, de modo mais flexível e propenso a quebra de cadeia de custódia, pois a tese enraizada de não dar provimento a esta causa, pode-se condenar erroneamente um indivíduo que não possuiu a ampla defesa.

Denota-se também que a doutrina tem sido citada em relação ao assunto mais que as jurisprudências, justamente por essa distinção na prática de concordância quanto ao provimento da quebra da cadeia de custódia, assim como mencionado, é de suma importância o direito constitucional de defesa, de modo lícito e sem ilegalidades processuais.

Concluindo, a legislação acerca do tema necessita de uma reforma afim de sanar com a lacuna acerca das consequências do não cumprimento total ou parcial, dos procedimentos determinados na cadeia de custódia, para que assim, de uma vez por todas, haja uma segurança jurídica no processo penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: DPlácido, 2017, 517-538.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Planalto, Brasília, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Portaria no 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18/07/2014.

CARIONI, Ana Caroline Lacerda. **A quebra da cadeia de custódia e as decisões judiciais pós Lei Anticrime**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218885/TCC%20-%20Ana%20C%20L%20Carioni%20-%20A%20quebra%20da%20cadeia%20de%20cust%20c%20b3dia%20e%20as%20decis%20es%20judiciais%20p%20c%20b3s%20Lei%20Anticrime.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 maio 2020.

201

MAGNO, Levy Emanuel; COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, n. 57, p. 195-219, jan./mar. 2021. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_10_cadeia%20de%20cust%20c%20b3dia.pdf?d=637437206976264894#:~:text=Confiabilidade%20da%20prova.-,Quebra%20da%20cadeia%20de,Autenticidade%20probat%20C%20B3ria.&text=O%20termo%20E2%80%9Ccadeia%20de%20cust%20c%20b3dia,C%20C%20B3digo%20de%20Processo%20Penal%20C%20art. Acesso em: 26 maio 2020.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**. 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>. Acesso em: 26 maio 2021.

TJ-AL - HC: **08074368220198020000** AL 0807436-82.2019.8.02.0000, Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas, Data de Julgamento: 17/03/2021, Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/03/2021. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182670678/habeas-corporis-criminal-hc-8074368220198020000-al-0807436-8220198020000>. Acesso em: 30 maio 2021.

TJ-SP - APR: **15003398120208260583** SP 1500339-81.2020.8.26.0583, Relator: Alexandre Almeida, Data de Julgamento: 14/12/2020, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/12/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/298503000/processo-n-1514802-2620208260228-do-tjsp>. Acesso em: 30 maio de 2021.

TJ-SP - APR: **15149061820208260228** SP 1514906-18.2020.8.26.0228, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 04/03/2021, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 04/03/2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1157193973/apelacao-criminal-apr-15003398120208260583-sp-1500339-8120208260583>. Acesso em: 30 maio 2021.

TRF-4 - ACR: **50189166720184047000** PR 5018916-67.2018.4.04.7000, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 09/09/2020, OITAVA TURMA. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927569979/apelacao-criminal-acr-50189166720184047000-pr-5018916-6720184047000/inteiro-teor-927570034?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 maio 2021.